

# DERECHOS HUMANOS, INMIGRACIÓN Y SOLIDARIDAD RAZONABLE<sup>1</sup>

RAFAEL DE ASÍS ROIG

*Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*

*Universidad Carlos III de Madrid*

**Sumario:**      **1. Introducción.- 2. Los derechos humanos:** 2.1. El papel de la cultura. 2.2. El papel de la solidaridad: 2.2.1. Significado y problemas de la solidaridad. 2.2.2. Una política solidaria desde los derechos: la solidaridad razonable. 2.3. Derechos humanos y Globalización.- **3. Políticas migratorias y derechos:** 3.1. La recepción de los inmigrantes. 3.2. Los derechos de los inmigrantes. 3.2.1. La equiparación de los derechos (de nuevo sobre el poder y la nacionalidad). 3.2.2. La diferenciación en los derechos. 3.3. La política de los derechos ante la inmigración.- **Bibliografía citada**

## 1. Introducción

Aunque la inmigración no es un fenómeno reciente, es posible advertir como en la actualidad existen factores que han condicionado su tratamiento (Goytisolo, J., y Nair, S., 2000, 14 y ss). La inmigración se ha convertido en una cuestión relevante para ciertos países desarrollados que, por otro lado, han sido los constructores de la idea de los derechos humanos como instrumentos que limitan al Poder. Esto ha provocado la búsqueda de una política que trate este fenómeno y que no traicione un modelo social presidido por los derechos.

Se trata, sin duda, de un reto importante para estos países ya que la concepción de los derechos como límites al Poder encuentra un mejor acomodo cuando se trata de mantener derechos que cuando se trata de justificar su atribución. La idea de los derechos como límites al Poder, lleva tras de sí la creencia en la existencia de un reconocimiento generalizado de cierto bienestar que, en el caso de la inmigración actual no se posee, y que, además, puede ser trastornado, al menos es así presentado por algunos, a través del fenómeno migratorio.

De todas formas la cuestión se complica al menos por tres circunstancias. La primera tiene que ver con el hecho de que la idea de los derechos como límites al Poder no

---

<sup>1</sup> Texto de la ponencia presentada el 6 de marzo de 2003, en las XIX Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, celebradas Las Palmas de Gran Canaria. Agradezco a Eusebio Fernández y a F. Javier Ansuátegui las observaciones que me hicieron a un primer borrador del texto.

sirve, en sentido estricto, para referirse a ciertos derechos, los derechos de prestación, muy relevantes en el ámbito de los derechos de los inmigrantes. La segunda se origina en el hecho de que en ocasiones las demandas de los no nacionales pueden situarse fuera del discurso de los derechos con lo que el Poder que se pretende limitar es el de las exigencias que aparecen como supuestos derechos. La tercera se produce porque el Poder al que se hace referencia no es sólo el político sino lo que podríamos entender como poder social. El reconocimiento de derechos y su significado en este ámbito se presenta no tanto como una exigencia de limitar al Poder político sino al Poder social y mediático. La visión social del inmigrante desempeña en este punto un papel fundamental.

En este sentido, es importante advertir como el término inmigrante es un término emotivo. En el lenguaje solemos diferenciar, de forma cuanto menos polémica, entre extranjero e inmigrante. Se trata de una diferenciación valorativa (existen numerosas encuestas de las que se desprende que la percepción del extranjero es mejor que la del inmigrante). Si el término extranjero ya diferencia del nacional, mucho más lo hace el de inmigrante.

Normalmente solemos utilizar este término para designar a un grupo concreto de no nacionales presentes en nuestro país. No lo hacemos, normalmente para hablar de los rentistas y jubilados del norte de Europa; ni de los llamados "cualificados" que han venido al hilo de los flujos de capital y que están en grandes empresas, o que se han instalado en España porque es más ventajoso para ellos (profesores de idiomas, comerciantes, médicos, etc...). Más bien lo hacemos para referirnos a los que huyen de condiciones de vida denigrantes. Incluso, se utiliza más para referirse dentro de este grupo a los no cualificados.

Todo esto provoca que en el debate sobre la inmigración se dé por supuesto ya desde el comienzo que el inmigrante no debe tener los mismos derechos. O mejor, se discute como los debe disfrutar, dándose por descontado que el hecho de no ser nacional (y encontrarse en una determinada situación) fuese una razón de peso moral.

La discusión teórico-filosófica sobre el problema de la inmigración se desenvuelve en dos planteamientos genéricos claros: el de la exclusión y el de la inclusión de los inmigrantes. Y dentro de este último podríamos diferenciar a su vez otros tres, los universalistas, los particularistas y los eclécticos. Todos y cada uno de ellos son meridianamente claros aunque se encuentran en permanente tensión. Pero a partir de ahí, y una vez que se ha tomado postura, lo verdaderamente interesante es la discusión concreta. Es decir, me parece que el fenómeno de la inmigración requiere de teorías coherentes y no sólo de datos fragmentarios, y ese será el sentido de mi intervención. Sin embargo, el alcance de éstas teorías es limitado desde un punto de vista general, siendo necesario elaborar planteamientos que se proyecten en aspectos concretos de la inmigración (Portes, A., 2000, 27 y ss.).

En todo caso, me confieso partidario de adoptar como punto de partida una posición ecléctica que intente compaginar elementos propios de las posiciones universalistas y de las particularistas (Calsamiglia, A., 2000, 166). Los ideales de la imparcialidad

y de neutralidad, propios de las posiciones universalistas, deben ser atemperados por la atención al contexto social e histórico (Young, I.M., 2000, 178), si bien esta debe producirse tomando como referencia una serie de criterios éticos que, desde mi punto de vista, son irrenunciables y que surgen de una determinada manera de entender los derechos humanos. Y es precisamente este punto el que plantea problemas importantes en el tratamiento de la inmigración (De Lucas, J., 2000a, 79).

La teoría de los derechos, cuando se proyecta en la temática propia de los derechos de los no nacionales, y por tanto de los inmigrantes, pone al descubierto como está cimentada por dos polos referenciales que están en la base de la construcción del Derecho moderno pero que pueden chocar con la finalidad de los derechos: el Poder político y la nacionalidad.

Se trata de dos polos que deben ser cuestionados. Considero que el hecho de nacer en un país o de haber adquirido la nacionalidad de éste, no es un argumento relevante ya de por sí para diferenciar negativamente (no equiparar) en el disfrute de los derechos humanos, aunque tal vez puede serlo (siempre desde el respeto a lo anterior) para diferenciar positivamente (reconocer otros derechos). En todo caso, y respecto a esto último, quiero decir ya desde el comienzo que me parece que se trata de una cuestión secundaria, y que me resulta extremadamente complicado defender acciones de diferenciación positiva basadas en argumentos que tengan que ver con la nacionalidad o la cultura. En lo que al Poder respecta, los derechos deben presentarse como un verdadero límite al Poder. Para ello es importante acrecentar el Poder de las instancias internacionales (en donde debe existir un reconocimiento de la participación de todos) con el objetivo de que estas contribuyan al fortalecimiento de los derechos aunque sea mediante el fortalecimiento también del poder de los Estados. Eso sí, de unos Estados comprometidos con los derechos, y que lleven a cabo una política ante la migración presidida por éstos.

En esta materia creo que el primer paso es el diseño de una política de reconocimiento de los derechos que excluya al máximo la dimensión nacional o cultural. Y a partir de ahí, y desde el respeto de los derechos, comenzar a discutir sobre el reconocimiento de esa dimensión no en un sentido negativo (restricción de derechos) sino positivo y siempre desde el respeto a la idea de dignidad humana. Todo ello exige recuperar el valor de la solidaridad y recalcar su papel en el discurso de los derechos. Esta sería a grandes rasgos mi toma de postura general.

La inmigración nos plantea una serie de interrogantes (Contreras, J., 1984, 15 y 16). Si queremos resolverlos desde los derechos y si tenemos en cuenta que toda política en materia de inmigración posee tres grandes referentes (el control de flujos, las relaciones con los países que generan inmigrantes y el problema de la integración), el análisis de las políticas en materia de inmigración puede reconducirse a dos grandes temas: el de la recepción de los inmigrantes y el del tratamiento a los inmigrantes.

Ambas cuestiones poseen dimensiones globales y locales. Por ello, el tratamiento de la inmigración no debe hacerse sólo en clave de política estatal (independiente-

mente de que, desde un planteamiento realista casi no quepa otra posibilidad), máxime si para ello queremos tomar como referentes a los derechos.

Expondré en primer lugar qué concepción de los derechos me parece apropiada para abordar la cuestión de la inmigración, prestando especial atención al papel que en ella desempeñan la existencia de diferentes culturas y el valor de la solidaridad, todo ello al hilo de la globalización. En segundo lugar me centraré ya en el examen de la inmigración tomando como referente a los derechos humanos.

## **2. Los derechos humanos**

Obviamente, hay que aclarar desde el principio que el resultado de este examen está condicionado por la concepción de los derechos que se mantenga. Esto es así siempre que se aborda cualquier problema desde los derechos. Ahora bien, esto no significa que la adopción de una teoría de los derechos suponga ya un modelo de solución precisa de cualquier conflicto en los que estos están implicados o sobre los que se proyectan. Una teoría de los derechos no sirve para encontrar las reglas concretas desde las que solucionar casos problemáticos. Las teorías de los derechos suministran una información más modesta pero de igual importancia. En efecto, una teoría de los derechos, proporciona parámetros genéricos, marcos y puntos de vista generales, opciones sobre valores e incluso jerarquías entre estos.

Pues bien, existen diferentes formas de concebir los derechos humanos, que pueden ser clasificadas utilizando criterios distintos (Peces-Barba, G. y otros, 1995; Pérez Luño, A.E., 1995; Rodríguez Toubes, J., 1995). Uno de estos criterios, de índole metodológico, consiste en analizar el tipo de posición dependiendo de la relevancia que concede a los aspectos jurídicos y éticos de los derechos. A través de él, es posible diferenciar entre planteamientos monistas y dualistas.

Siempre me he mostrado partidario de adoptar un tipo de posición dualista (De Asís, R., 2001). Las teorías dualistas se caracterizan por considerar que no es posible comprender los derechos sin tener en cuenta que se trata de instrumentos jurídicos que poseen justificación moral. Pues bien, una forma dualista de entender los derechos, que es la que aquí seguiré, se caracteriza además por manejar otras dos perspectivas, también de índole metodológica: la racional y la histórica.

La perspectiva histórica implica sostener que la comprensión de los derechos debe prestar atención a su historia, que se trata de instrumentos que han surgido en la historia como respuestas a situaciones transgresoras de la idea de dignidad humana, que, en definitiva, el examen histórico de los derechos es una herramienta imprescindible para el análisis de cualquier problema que los afecte (Sobre la historia de los derechos, Peces-Barba, G., Fernández, E. y De Asís, R., 1998 y 2001).

Desde la perspectiva racional hay dos ideas claves para entender los derechos: la dignidad humana, como dato identificador de los seres humanos en cuanto sujetos

morales, y el Estado de Derecho Democrático y Social. Ambas ideas presiden, precisamente, las perspectivas moral y jurídica respectivamente, propias de este tipo de posiciones.

Como podrán imaginarse no puedo aquí exponer de manera íntegra cual es el significado que para mí tienen esos referentes. En todo caso, considero que el de la dignidad humana puede ser resumido en el igual respeto a la integridad física y moral, y por tanto, por un lado, en el igual respeto a la vida y a lo que implica su mantenimiento (satisfacción de necesidades básicas), y por otro, en el igual respeto a la autonomía privada (esto es, a la libre elección de aquello que tiene proyección individual) y a la autonomía pública (esto es, a la participación en la determinación de lo moralmente aceptable y exigible en el ámbito público social). Obviamente, el papel central de la dignidad humana así entendida, trae consigo la consideración de que se trata de un rasgo de todo ser humano y que a la vez debe ser importante para todo ser humano, esto es, su mantenimiento y respeto es una cuestión que nos debe interesar a todos y debemos sentirnos obligados en relación con ese mantenimiento y respeto (por lo que la idea de solidaridad forma parte del discurso de los derechos). Y en relación con el Estado de Derecho Democrático y Social sólo señalaré que los derechos necesitan de esta estructura de Poder para adquirir un sentido integral. En este sentido necesitan de un Estado de Derecho abierto a esas dimensiones de moralidad y en el que se proteja el pluralismo y la participación. Un Estado de Derecho basado en la Democracia procedimental, en el diseño de políticas igualitarias y en el reconocimiento del papel de la sociedad civil (Peces-Barba, G., y otros, 1995; De Asís, R., 2001)

En todo caso, y respecto al tema que nos ocupa, esta teoría de los derechos debe asignar un determinado papel a las culturas y a la solidaridad, y aclarar el lugar de estos instrumentos en el contexto de la globalización.

### *2.1. El papel de la cultura*

En este punto surge la importante cuestión de si es posible hablar de identidades culturales y de ser así, como afectan a una teoría de los derechos. Pues bien, considero que toda referencia a una identidad cultural y a una cultura, posee una dimensión individual, de aceptación de su existencia y de su valor y, por tanto de subjetividad (Lamo de Espinosa, E., 1995, 15). La existencia y el valor de una cultura como expresión de un conjunto de prácticas se produce siempre y cuando encontremos individuos que la asuman. Por otro lado, si pretendemos objetivar la idea de cultura (Kymlicka, W., 1996, 112), finalmente llegaremos a la misma conclusión. Desde ese punto de vista o bien es prácticamente imposible identificar una cultura, o bien existen un número importante de culturas diferentes (incluso en un sentido extremo, tantas como decidan los individuos). Precisamente, la existencia de diferentes culturas es lo que identifica al pluralismo cultural y, en cierto sentido, al multiculturalismo.

El término multiculturalismo posee diferentes significados. En un sentido genérico es posible diferenciar dos grandes tipos de utilizaciones que podríamos identificar como descriptivas y normativas. Desde un punto de vista descriptivo, se utiliza para aludir a una situación de hecho, como puede ser la convivencia en un determinado territorio de diferentes culturas y prácticas sociales. Desde un punto de vista normativo, el término multiculturalismo se utiliza para exponer un juicio valorativo (normalmente positivo) sobre esa situación de hecho. Dentro del planteamiento normativo es a su vez posible diferenciar entre multiculturalismo en sentido estricto e interculturalismo. El modelo de la interculturalidad pretende superar al multiculturalismo al entender que este camino se limita a la aceptación de las diferentes culturas y no a su potenciación (De Lucas, J., 1994, 21 y ss.; Solanes, A., 1998, 131 y 133).

En todo caso, la objetivación de la cultura en el ámbito social, presente siempre que se habla de pluralismo o multiculturalismo, hace que las distintas posiciones culturales desempeñen un papel similar al de una teoría de la justicia o al de una teoría ética, al igual que lo hacen las teorías de los derechos, e incluso posibilita hablar de una cultura de los derechos y situar un modelo de identidad cultural en ese ámbito (representada por la dignidad humana en clave de derechos).

La atención al pluralismo cultural o a la multiculturalidad no implica ausencia de valoraciones (Perez Luño, A.E., 2000, 62). Y en este sentido, la valoración de toda cultura o de toda teoría, será consecuencia del juicio que nos merezcan sus prácticas respecto a los seres humanos, juicio que será tomado desde una serie de referentes y que deberá tener en cuenta que la existencia de esa cultura es consecuencia de la aceptación de las prácticas que la definen por un conjunto de seres humanos. Una teoría de los derechos puede ser utilizada como referente de esa valoración y desde los presupuestos anteriores, consciente de la importancia del valor autonomía, debe abrirse a otros modelos e integrar dimensiones de otras teorías y culturas. En este sentido, la atención al problema cultural es una exigencia de toda teoría de los derechos que parta de la defensa de la idea de sujeto moral y quiera ser coherente con ella, en cuanto supone la atención a las demandas de los sujetos morales.

Así, la teoría de los derechos debe optar frente al multiculturalismo por mantener una posición normativa, esto es una postura que implique el respeto a las diferentes culturas, como resultado lógico del respeto a las diferentes teorías de la justicia y, en definitiva a la igual autonomía de todo ser humano (el respeto al "otro"). Y en este sentido, no tiene por qué descartar desde el principio la posibilidad de rechazar prácticas, teorías o culturas enfrentadas a los rasgos básicos de la teoría de los derechos, ni la posibilidad de justificar medidas de diferenciación positiva hacia sujetos y colectivos, derivadas de su consideración como sujetos morales (y no tanto de su pertenencia a una nación o a una cultura).

Todo ello implica necesariamente manejar una teoría de los derechos de carácter mínimo. Una teoría dinámica, abierta y, en cierta manera, contextualizada. Una teoría de los derechos abierta a dimensiones culturales, o si se quiere, una cultura de los de-

rechos abierta a otras culturas. Y esto implica tomarnos en serio la idea de disenso como parte integrante del discurso de los derechos, con lo que en términos genéricos el respeto a la diferencia cultural no es sino la conclusión lógica del respeto a la diferencia como rasgo básico de la manera correcta de entender los derechos.

Así, independientemente de que el punto de partida de lo que considero una teoría correcta de los derechos viene constituido por la atención al individuo como sujeto moral, y por tanto, posee una dimensión claramente liberal, esto no conlleva necesariamente el rechazo de la diferencia y la falta de atención al contexto social en el que el individuo se inserta y asume. A diferencia de lo que consideran algunos (Gray, J., 2001, 140 y ss.), esta teoría de los derechos de carácter mínimo y abierta a la diferencia forma parte del proyecto de la modernidad y es una respuesta adecuada al hecho de la Globalidad (Habermas, J., 1988, 279 y ss.).

## 2.2. *El papel de la solidaridad.*

Considero que la solidaridad desempeña un papel fundamental en la respuesta desde los derechos al fenómeno de la inmigración (De Lucas, J., 1993, 91).

### 2.2.1. Significado y problemas de la solidaridad

El examen del significado de la solidaridad debe hacerse partiendo de su formulación histórica. Evidentemente no puedo aquí llevar a cabo una explicación de la historia de esta idea. Por otro lado, existen trabajos muy completos al respecto como los de G. Peces-Barba a los que me remito (Peces-Barba, G., 1993, 1995 y 1999).

Partiré de una forma de definir la solidaridad presente en prácticamente la totalidad de estudios teóricos al respecto. Solidaridad, en ese ámbito, significa asumir como propio el interés de los demás (González Amuchástegui, J., 1991). Ya en esta definición inicial y seguramente insuficiente, surgen una serie de problemas teóricos y prácticos sobre los que no puedo detenerme, tales como el carácter individual o social de esta idea; la determinación del interés y del destinatario; su relación con otros valores.

En cualquier caso, considero que la solidaridad es una disposición individual sólo relevante en el ámbito público (y por tanto en el ámbito de los derechos) cuando adquiere una dimensión social y se institucionaliza (De Lucas, J., 2000a, 72). Y este traspaso al ámbito social sólo se consigue con razones que la justifiquen. La solidaridad exige ampliar el círculo del nosotros, considerar que existen circunstancias, exigencias, demandas o necesidades relevantes para todos y por tanto afirmar que existen pretensiones comunes que pueden justificar la existencia de obligaciones.

Ciertamente, no creo que se pueda obligar a nadie a ser solidario, ya que por definición la solidaridad implica asunción en conciencia. Cuestión diferente es que se puedan dar razones para defender una obligación moral de ser solidario. Y también es

una cuestión diferente que puedan establecerse obligaciones jurídicas, medidas jurídicas, que apoyadas en la solidaridad, pretendan solucionar situaciones de no respeto a la integridad física y moral o de no respeto a la participación de algunos en la discusión moral, política o jurídica. Y en este punto, es donde puede verse la relación estrecha entre la igualdad jurídica y la solidaridad.

### 2.2.2. Una política solidaria desde los derechos: la solidaridad razonable

Considero, pues, que el papel fundamental de la idea de solidaridad en la teoría de los derechos está en el ámbito de la justificación de las normas y de las acciones. Resulta necesario dar cuenta de ese conjunto de razones como parte integrante del discurso de los derechos, sobre todo cuando este se proyecta en el fenómeno migratorio.

La solidaridad puede servir como fundamento de ciertas políticas igualitarias. Para ello es necesario establecer criterios que nos permitan justificar intereses relevantes con los que ser solidarios y, a través suyo, elaborar políticas igualitarias.

Ser solidario implica tomar postura, interesarse sobre un determinado asunto y considerarlo como un asunto propio. De esta forma, la justificación de la relevancia moral del interés que asumimos, desempeña un papel esencial.

Pues bien, considero que la determinación de lo relevante y de lo irrelevante debe estar guiada por criterios razonables y dar lugar a lo que puede denominarse como solidaridad razonable. El examen de la idea de razonabilidad se lleva a cabo dentro de una teoría moral, en el sentido de que sólo es comprensible dentro de una determinada manera de entender como deben ser concebidos los seres humanos y cual es su papel en la sociedad. Así, desde la teoría de los derechos que hemos venido manejando y siendo conscientes de que el problema de las situaciones en las que proyectar la solidaridad, debe ser resuelto principalmente desde el examen del caso en cuestión, es posible no obstante establecer un marco genérico en el que desenvolver las exigencias de razonabilidad y relevancia.

En este sentido, suele ser habitual encontrarse en la literatura jurídica, moral y política sobre la solidaridad, cuando se hace referencia al interés en relación con el cual está justificado el ser solidario, referencias a la satisfacción de las necesidades básicas de los individuos (Añón Roig, M.J., 1995). Se trata sin duda de un concepto polémico que además presenta una indeterminación muy amplia y que considero debe utilizarse junto a otro término, en principio, igualmente amplio y que abarca el anterior: se trata del respeto a la dignidad humana, entendida, como ya apunté al comienzo, como el respeto a la integridad física y moral, esto es, a la vida, a la autonomía privada y a la autonomía pública, a la libertad y a la igualdad.

De esta forma, la pregunta sobre ¿qué interés de otro debe ser un interés mío?, debe ser contestada en ese marco. Así, el respeto a la vida y a lo que implica su mantenimiento, el respeto a la libre elección de aquello que tiene una proyección individual y el respeto a la participación en la determinación de lo moralmente aceptable y exigi-



ble en la sociedad, son el marco inexcusable de la solidaridad, desde el que es posible plantearla como fuente de obligaciones morales.

La reflexión sobre la solidaridad en el ámbito de los derechos debe utilizar al menos un criterio guía, el de la dignidad humana, desde el que se justifica la existencia de dos obligaciones morales de solidaridad: la obligación moral de ser solidarios con aquellos que se encuentran en una situación de daño a su integridad física y moral; y la obligación moral de ser solidarios con los sujetos morales que no participan en igualdad de condiciones en todos los ámbitos sociales (principalmente en el ámbito político).

Ambas obligaciones se presentan como condición de cualquier tipo de reconocimiento real de los derechos. Ahora bien, más allá de estas, cuando no se trata de satisfacer necesidades básicas o de situar en idéntica situación de poder a los sujetos morales, la solidaridad debe operar desde la atención a las circunstancias que están en juego. Y en este punto, con carácter general, la idea de solidaridad, dentro de una teoría de los derechos como la que estoy aquí manejando, permitirá, por ejemplo, justificar políticas siempre que sean aceptadas por los colectivos o personas a los que van dirigidas.

En este punto surge una cuestión relevante que en términos sencillos se traduce en la existencia o no de límites a la solidaridad. En coherencia con lo anterior, podemos establecer ese límite precisamente tomando como referencia de nuevo los referentes de moralidad utilizados para justificar la acción solidaria. En términos muy genéricos, no es exigible esa obligación cuando su cumplimiento implica precisamente la insatisfacción de las necesidades básicas o la transgresión del valor de la participación del sujeto o sociedad que actúa, o cuando satisfecho lo anterior, su cumplimiento produce consecuencias no aceptadas por los sujetos implicados.

Pero además, es posible también establecer otros límites a la idea de solidaridad en consonancia con el discurso de los derechos. Así, no es posible justificar la solidaridad en relación con aquellas prácticas o creencias que se enfrentan a los derechos.

Ciertamente, estos principios que expresan la idea de solidaridad razonable, además de polémicos, son enormemente generales. Pero en todo caso, ya me he referido antes al alcance y el papel limitado de una teoría de los derechos.

### *2.3. Derechos humanos y Globalización*

El término globalización hace referencia a un fenómeno difícil de definir y que es utilizado con diversos sentidos (Beck, U., 1988, 29 y 30; Giddens, A., 1999, 60 y ss.; Fariñas, M.J., 2000, 5 y ss.). En todo caso, es fácil advertir como posee, de forma principal, una proyección económica que, en ocasiones, sobre todo cuando se enfoca desde la ideología del mercado mundial (el globalismo), se separa o condiciona el discurso de los derechos.

El examen del papel de los derechos en el ámbito de la Globalización debe manejar las dos perspectivas que antes aludí dentro de la teoría dualista, esto es la racional y la histórica. Los derechos deben ser considerados como un proyecto moral (además de jurídico) que constituye un marco básicamente formal a través del cual los seres humanos pueden desenvolver diferentes planes de vida en el ejercicio de su autonomía moral. Evidentemente los derechos limitan planes de vida posibles pero ello desde el respeto máximo a la autonomía individual. Desde esta idea preliminar, el marco normativo que configuran los derechos debe ser visto como un marco abierto y plural. Abierto en el sentido de presentarse como un producto histórico que puede variar, y plural en el sentido de configurar sólo los mecanismos que posibilitan diferentes elecciones (Peces-Barba, G., 1995).

En todo caso, no hay que identificar una teoría de los derechos mínima, con una teoría de los derechos débil. El discurso de los derechos exige respuestas firmes frente a situaciones nacionales e internacionales que claramente lo transgreden. Sin duda, una acción firme en ese sentido exige una serie de cambios en las estructuras políticas internacionales que todavía están por realizar (Habermas, J., 1999, 171 y ss.)

La historia de los derechos nos demuestra como su satisfacción depende de la existencia de un sistema jurídico político y, por tanto, en primer lugar, como requisito necesario pero no suficiente, la existencia de un Poder soberano que apoye un sistema jurídico racional y predecible, y que respete en definitiva los rasgos propios de la idea de Estado de Derecho.

La construcción de un Estado de Derecho Internacional, es por tanto un paso necesario. Como lo es también que ese Estado de Derecho Internacional, sea un Estado Democrático, y en ese sentido, esté abierto a la participación igual (mediante, por ejemplo, su configuración como Federación de Estados). En este sentido, es igualmente necesario que toda actuación de ese Poder Internacional sea respetuosa con el núcleo básico de moralidad que está detrás de los derechos y que se traduce en la defensa de la dignidad humana (Kung, H., 1998, 10), desde la que se justifica la existencia de políticas de asistencia y de intervención humanitaria frente a violaciones flagrantes de los derechos, y de políticas de codesarrollo hacia países pobres.

Como podrá observarse, este planteamiento se desenvuelve dentro del ideal kantiano de la sociedad cosmopolita (Kant, I., 1985, 52 y ss.; 1989). Este tipo de planteamientos ha sido criticado desde posiciones que advierten tanto de los efectos homogeneizantes que conllevan y que pueden en definitiva suponer la imposición de una determinada concepción moral sobre otras igualmente valiosas (Zolo, D., 2000, 167 y ss.), cuanto de los conflictos políticos y morales sin solución posible (Gray, J., 2001, 134). Sin embargo, estas críticas pierden fuerza, si los referentes de ese proyecto cosmopolita están representados por los derechos humanos entendidos tal y como antes fue expuesto.

Creo que la propuesta de E. Fernández sobre el patriotismo cosmopolita (Fernández, E., 2001) va en esta línea. El patriotismo cosmopolita posee tres referentes esenciales. Por un lado, la idea de dignidad humana, por otro, una nueva forma de estructurar el poder político internacional; y por último, una nueva forma de entender la ciudadanía. Ya me he detenido sobre los dos primeros referentes.

En relación con la forma de entender la ciudadanía, defiende la instauración de una doble ciudadanía: la cosmopolita y la nacional. Se trata de dos ciudadanía que no están en el mismo plano. La primera, derivada de la consideración de los seres humanos como ciudadanos del mundo (de su pertenencia a esa Federación de Estados), se vincula a los derechos humanos fundamentales y prevalece sobre la segunda a partir de la cual surgen otros derechos derivados precisamente de la pertenencia a comunidades nacionales. Ahora bien, aunque exista esa prevalencia, no cabe defender una ciudadanía sin la otra.

Y es en este punto, donde el patriotismo cosmopolita adquiere su dimensión esencial. La existencia de esa doble ciudadanía, debe ir aparejada de un sentimiento de pertenencia a la comunidad internacional y a la nacional, y por tanto, de la asunción de los valores que las presiden, entre los que tienen prioridad aquellos que están directamente conectados con la dignidad humana.

Ciertamente, lo anterior no es sólo la dimensión esencial del patriotismo cosmopolita, sino también su aspecto más problemático. En efecto, el patriotismo cosmopolita, si no lo queremos considerar simplemente (independientemente de que también lo sea), como una estructura de la política mundial susceptible de alcanzar entre otros medios por la fuerza, es una forma óptima de tratar el pluralismo cultural que requiere una disposición moral de la humanidad en donde la solidaridad desempeña un papel fundamental (Beck. U., 2002, 22).

Se trata en definitiva (De Lucas, J., 2000b, 21), de volver a recuperar esa capacidad emancipadora de los derechos y de configurarlos, con ese sentido, como el elemento básico de las estructuras políticas internacionales. Tal vez el primer paso radique en tomarse en serio la Declaración Universal de Derechos Humanos, es decir, considerarla como el elemento básico del Orden Internacional, tanto en su proyección social, como en la política como en la jurídica. Y ese tomarse en serio la declaración, implica reinterpretar también algunos de los derechos.

Así por ejemplo, mas allá del reconocimiento de una ciudadanía cosmopolita, otros ejemplos nos lo pueden proporcionar dos derechos relevantes para el tema que nos ocupa: el derecho al asilo y el derecho a la libre circulación. Dejando este último para un tratamiento posterior, es importante advertir que la configuración del derecho de asilo se produjo en un momento histórico en el que muchos de los flujos migratorios tenían como causa la persecución política. En la actualidad, existen otra serie de causas que originan esos flujos. No debe pasarse por alto como muchas de las peticiones de asilo no tienen su origen en una persecución política, salvo que queramos integrar en ella,

situaciones de insatisfacción de necesidades básicas o, en definitiva, de derechos. La respuesta de la teoría de los derechos ante esta situación no tiene que ir necesariamente en la línea de modificar el derecho de asilo, pero sí en la de diversificar sus causas. Es decir, configurar el asilo como un derecho en el que predomina no tanto el que su origen este en una persecución política sino en la existencia de un peligro para la vida y el disfrute de los derechos de quien lo solicita.

### 3. Políticas migratorias y derechos

Obviamente, esta forma de concebir los derechos posee repercusiones en el tratamiento de la inmigración.

Como he venido reiterando, la inmigración es un fenómeno que no puede ser abordado desde una óptica exclusivamente estatal. Tanto por estar implicados necesariamente en su tratamiento los derechos, cuanto por ser un fenómeno que refleja relaciones entre individuos y Estados y entre estos entre sí, cuanto por último, por los temas claves de toda política migratoria, el examen de la inmigración exige ir más allá de un planteamiento estatal. No obstante, y paradójicamente por los mismos motivos, el papel de los Estados y de sus políticas es esencial.

Como ha señalado Javier de Lucas (De Lucas, 2002, 72): "Es cierto que el carácter global de la exclusión supera hoy con mucho la capacidad y competencia de los Estados nacionales, pero mientras tanto, mientras llega la hora de la institución de orden global que pueda regular los mercados internacionales para garantizar los derechos humanos de todos los seres humanos, en la lucha contra la exclusión, en el trabajo frente a esa negación elemental de los derechos humanos, el Estado tiene aún mucho que decir".

En este sentido, trataré a continuación precisamente el papel de las políticas migratorias estatales, tomando como referencia dos de sus principales piezas: el control de los flujos (que no es otra cosa que el problema de la recepción de los inmigrantes) y la política de integración (que no es otra cosa que el problema de los derechos de los inmigrantes). No abordaré la otra pieza clave de esta cuestión, que está constituida por las relaciones entre los Estados implicados, si bien las reflexiones efectuadas antes deben ser entendidas como el marco genérico que debe presidir esas relaciones.

#### 3.1. La recepción de los inmigrantes

El estudio de esta problemática, que considero esencial, debe comenzar con la discusión sobre el significado de un supuesto derecho a inmigrar.

El artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece, en su punto 1: "Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado". El punto 2, de ese artículo señala: "Toda persona tiene de-

recho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país". Pues bien, este precepto reconoce la libertad de movimiento y residencia en el interior de un Estado, así como el derecho de toda persona a abandonar cualquier país (incluido el suyo) y a retornar al país del que se es ciudadano. Sin embargo, no reconoce el derecho concomitante a entrar o residir en cualquier país del que no se es ciudadano. Como ha señalado A. M. López Sala (López Sala, A.M., 2002, 92): "El derecho de entrada se encuentra supeditado al principio de autodeterminación colectiva de una comunidad nacional y así se reconoce -es un principio no disputado- en el Derecho internacional".

En este sentido, así como se considera que el derecho a emigrar es un derecho humano, no lo es el derecho a inmigrar. Y esto se defiende, no sólo con argumentos jurídicos (como los derivados de una cierta lectura del artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), sino también con argumentos de naturaleza política (vinculados por ejemplo con el orden público), de naturaleza económica, o de naturaleza cultural.

Partiendo de este presupuesto, y siendo conscientes de que en todo caso, también es posible discutir ese presunto derecho, la cuestión principal radica en plantearse qué tipo de discriminación en la selección de los sujetos es admisible desde un punto de vista moral. Pues bien, la solución de esta problemática depende lógicamente del marco moral que se tome como referencia. Y así, desde una teoría de los derechos del tipo aquí utilizado, considero que existen claramente criterios que no pueden ser tenidos en cuenta, criterios que pueden plantear dudas y criterios que se presentan como fuertemente justificados.

Entre los criterios que no pueden ser tenidos en cuenta a la hora de abordar la cuestión de la recepción, comparto la posición de J.H. Carens (Carens, J.H., 2002, 8) relativa a que no pueden ser esgrimidos en este ámbito criterios relativos a la raza, la religión, la etnicidad o la orientación sexual. Claramente no son los únicos, pero sí merece la pena citar estos criterios porque son los que de alguna manera pueden, para algunos, poseer algún tipo de justificación. Los criterios que considero que pueden plantear dudas son al menos los siguientes: los referidos al potencial económico, a los lazos históricos y a la condición de delincuente del sujeto. Por último, los criterios que se presentan como fuertemente justificados (que justifican la recepción) son aquellos que tienen que ver con las relaciones familiares, con las persecuciones por motivos políticos o con situaciones en las que existe peligro para la vida o la integridad física de las personas (criterios que se relacionan por tanto con situaciones de insatisfacción de necesidades básicas).

En todo caso, es importante advertir como el problema de la justificación o no de estos criterios, está condicionada por la situación concreta del país receptor. Pero además, estos criterios deben ser enmarcados dentro de una reflexión centrada en los derechos con proyección internacional y en donde la solidaridad desempeñe un papel esencial. Lo que quiero decir con ello es que resulta sumamente difícil en este punto

establecer reglas generales que valgan para todo país y que, además y como consecuencia de lo anterior, dado que se trata de un asunto que compete también y en una medida importante a los habitantes del país (Walzer, M., 1993, 44 y ss.; Heller, A., 1992, 14), debe ser abordada desde los referentes de un discurso solidario o igualitario de índole nacional e internacional.

Así, si bien no parece posible justificar que el Estado no pueda en ningún momento establecer límites a la entrada en su territorio, y que por lo tanto es posible hablar de límites a ese supuesto derecho a inmigrar, tampoco me parece, y en este caso porque me resulta contradictorio con una teoría correcta de los derechos, que sean únicamente los propios Estados los que cuenten a la hora de adoptar esa decisión. Un papel importante en esta cuestión debe ser desempeñado por el sistema jurídico internacional, eso sí, siempre y cuando este se ajuste al modelo que aludí en otro punto de esta ponencia (Arnspergen, Ch., y Van Parijs, Ph., 2002, 130). Y en todo caso, y dado que la atención a la opinión de los habitantes del país es también en este punto esencial, es importante concienciar a estos del significado de los derechos. En todo ello, la solidaridad como expresión de esa concienciación y como justificación de políticas nomativas adquiere de nuevo una relevancia fundamental, y tiene que proyectarse no sólo en la situación del sujeto con el que se plantea el ser solidario sino también con la de la sociedad a la que se exige ser solidaria.

Como señalé en su momento, el discurso de la solidaridad razonable es permeable a la existencia de límites en la acción solidaria, y en este caso a la existencia de límites en un supuesto derecho a inmigrar, derivados de la situación del sujeto o de la sociedad.

### *3.2. Los derechos de los inmigrantes*

Una vez planteada esta cuestión, surge la de cómo tratar al inmigrante o dicho de otra manera como plantear la cuestión de la integración.

En este ámbito entran en juego los dos planos que aludí antes: el de la equiparación de los derechos y el del reconocimiento de derechos específicos. Y ciertamente la cuestión dista mucho de ser resuelta de un modo indubitado. Aunque algunos criticamos la idea de nacionalidad como fuente de derechos y su inclusión en este discurso, otros lo ensalzan como vínculo garante de la diversidad e identidad cultural. Para algunos, por ejemplo, la sustitución de la ley nacional por la ley de la residencia habitual, en el ámbito de la participación política, es el reflejo de una política de asimilación.

En todo caso, tradicionalmente se alude a dos grandes modelos de políticas en lo referente al tratamiento del inmigrante, que pueden ser identificadas con los términos de exclusión e inclusión (Jiménez, C., 2000, 132 y ss.).

Los modelos de exclusión se caracterizan por la desconexión con la sociedad de acogida. Propugnan la segregación, la separación o la marginación del inmigrante.

Los modelos de inclusión, pueden ser, en términos culturales monoculturales o pluriculturales, y más allá de estos términos, absolutistas o pluralistas. El ejemplo fundamental del modelo monocultural o absolutista es el de las políticas asimilacionistas, que suponen imponer a los grupos minoritarios valores de la mayoría. El modelo de asimilación, lleva en términos culturales al predominio de una determinada concepción cultural. Supone el intento de homogeneizar la sociedad, utilizando una idea de igualdad como exigencia de generalidad, que puede ser objeto de las mismas críticas que se suelen proyectar sobre esta idea (como por ejemplo la inexistencia de una situación real de igualdad).

Por su parte, el modelo pluricultural o pluralista sostiene la posibilidad de convivencia entre grupos étnicos desde el respeto e incluso la promoción de la diferencia. Básicamente estas políticas son las que suelen identificarse con el término integración en sentido estricto. En términos culturales se pretende con ellas mantener la identidad cultural pero compartida con la de la sociedad de acogida. Supone así el respeto a las concepciones morales de los individuos. Y en este punto se hacen ulteriores especificaciones. Se distingue entre políticas de tolerancia y políticas multiculturales o interculturales (Raz, J., 2001, 185 y ss.).

La política de la tolerancia consiste en permitir que las minorías se conduzcan de la manera que deseen siempre y cuando no interfieran con la cultura de la mayoría ni con la capacidad de los miembros de la mayoría de gozar de los estilos de vida de su cultura.

Por su parte, las políticas multiculturales o interculturales presuponen que no deben existir culturas prevalentes y en ese sentido, llegan a justificar un trato diferente en relación con aquellos grupos culturales que se encuentran en una situación desventajosa. Estas políticas pueden proclamar la necesidad de un trato diferente a determinados colectivos tanto en lo referente a la satisfacción de derechos, cuanto en lo que atañe al respeto a su cultura. En todo caso, estos planteamientos también pueden tomar como referencia una serie de valores y, desde ellos, rechazar prácticas culturales.

A la hora de conectar los modelos anteriores con los derechos humanos, no cabe duda de que el de asimilación encuentra un problemático acomodo (independientemente de que algunas teorías de los derechos se acerquen a él). Otra cosa ocurre con los modelos pluralistas. La diferencia entre ellos radica en definitiva en un gran punto: el de la diferenciación y promoción.

### 3.2.1. La equiparación de los derechos (de nuevo sobre el poder y la nacionalidad)

En efecto, sólo los modelos pluralistas se presentan como compatibles con la teoría de los derechos. Ambos modelos, salvo algunas versiones extremas, presuponen, desde un punto de vista teórico, la equiparación en el disfrute de los derechos. Sin embargo, la realidad no es del todo así.

El reconocimiento jurídico de los derechos de los no nacionales suele moverse en torno a tres ejes fundamentales. En efecto, en esta materia existen derechos que poseen los no nacionales independientemente de cualquier circunstancia, derechos que poseen los no nacionales si así lo establece un Tratado o una Ley y, por último, derechos que no poseen los no nacionales (salvo contadas excepciones que nos obligarían a diferenciar tipos de no nacionales).

Normalmente, cuando se hace referencia a la primera categoría de derechos, se habla de derechos propios de la dignidad humana, para referirse a los derechos individuales y a algunos derechos sociales. Por su parte, en la tercera categoría se incluyen los derechos que tienen que ver con la idea de soberanía, la defensa o la función pública y también, en ciertos casos, con la actividad asistencial del Estado. En este sentido, esta categoría hace referencia a los derechos políticos y a algunos derechos sociales. La segunda categoría, entonces, tendrá que referirse a aquellos derechos ya sean individuales o sociales que no se mueva en las coordenadas anteriores.

Así, de esta clasificación se deduce que existen derechos que corresponden tanto a nacionales como a no nacionales porque se entienden vinculados a la dignidad humana. Ciertamente, no creo que pueda sostenerse la existencia de derechos que no tengan que ver con la dignidad humana. En este sentido, podemos preguntarnos que es lo que se quiere decir cuando se establece esa diferenciación y que está detrás de ella. Pues bien, en este punto aparece un criterio de naturaleza política. Se trata precisamente de la nacionalidad, que se presenta como elemento relevante para condicionar el reconocimiento de los derechos.

Y un problema similar se nos presenta cuando volcamos nuestra reflexión hacia los derechos políticos. Este tipo de derechos, entre otras cosas, permiten que todos los sujetos de derechos participen en las tareas de atribuir significado a estos y de distribuirlos. En este sentido, conceden legitimidad a las decisiones sobre los derechos. Pues bien, cuando se traslada esta problemática al ámbito de los no nacionales, otra vez vuelven a aparecer la nacionalidad y el Estado como determinantes del disfrute de los derechos.

En efecto, los no nacionales, por regla general, no tienen reconocido su derecho a intervenir en esas tareas de atribuir significado a los derechos y de distribuirlos. Si nos planteamos la justificación que puede haber detrás de esa falta de reconocimiento de la participación de los extranjeros, es posible que surja la exigencia de procurar la homogeneidad de intereses dentro de la nación. Ahora bien, esto, que es en sí mismo cuestionable, supone situar estos intereses por encima de los derechos y por tanto, colocar al Estado en un plano más alto.

La contemplación de los derechos políticos como auténticos derechos humanos exige una modificación en la forma de regularlos, máxime cuando se proyectan en los no nacionales (De Lucas, J., 2000a, 81). Normalmente, como he señalado, se asume sin dificultad que la nacionalidad justifique el no reconocimiento a los extranjeros de



los derechos de participación política. Y puede ser que esto deba ser así, pero lo que quiero señalar es que se trata de una cuestión a discutir, no necesariamente resuelta de antemano y que además debe hacerse sin desvirtuar la idea de los derechos. Así por ejemplo, por mi parte considero que aquellos que residen establemente en un Estado democrático deben ser considerados miembros de la comunidad política.

Estamos viendo como en materia de derechos de los no nacionales, se produce una diferente atribución de los derechos que tiene como argumentos principales, por un lado, el de la nacionalidad y por otro los intereses del Estado. Un discurso coherente de los derechos implica considerar que toda diferenciación o que todo criterio de distribución de los mismos debe poseer naturaleza moral. Ahora bien, la consideración de que la nacionalidad o los intereses del Estado son argumentos con peso moral puede ser problemática y objeto, en su caso, de matizaciones.

El argumento de la "identidad nacional", permite considerar que la pertenencia a una determinada nación, en sus diferentes dimensiones, es un criterio válido para asignar derechos. Pues bien, considero que las reflexiones efectuadas sobre la identidad cultural valen para esta problemática, y por tanto se trata de un argumento enfrenteado a una teoría de los derechos y carente de justificación moral, si se utiliza como elemento de discriminación negativa, esto es si se utiliza como criterio para dejar de reconocer derechos. El no reconocimiento (otra cosa puede decirse del reconocimiento siempre desde la idea de sujeto moral) de los derechos no puede estar basado en circunstancias como el nacimiento, la raza, la cultura, sino en todo caso en el cariz de las pretensiones que se demandan. Podría hablarse de la nacionalidad como un argumento que poseería un peso ético indirecto, a través de su relación con la idea del compromiso en la organización o también a través del rechazo al "sujeto aprovechado". Sin embargo, se trata de argumentos problemáticos, ya que el compromiso en la organización como condición del disfrute de los derechos parece situar al Estado por encima de éstos; porque no hay una conexión lógica entre "nacional" y "comprometido con la organización" ni entre "nacional" y "sujeto no aprovechado"; y porque difícilmente puede pensarse que ese compromiso se produzca en relación con aquellos que no pueden participar en la propia organización.

Muchos de los intentos de justificar esa distinción entre nacionales y no nacionales presentando razones de peso moral, coinciden en un punto: la contribución al gasto público. Parece que es esta exigencia la que está detrás de la distinción y la que justificaría (fuera de los razonamientos que aluden al orden público o a la seguridad, que por otro lado pueden peligrar también por la acción de los nacionales) el trato desigual. Sin embargo, su adopción tiene consecuencias un tanto sorprendentes.

La defensa de la equiparación en los derechos trae consigo dos problemas que he apuntado al hilo de mi intervención y que no quiero pasar por alto. El primero se refiere a lo que puede suponer de homogeneización o de imposición de un modelo cultural; el segundo, muy unido al anterior, alude a la necesidad de que los sujetos equiparados acepten dicho modelo (y por tanto los principios y las reglas que de él se

deducen). Pues bien, he señalado ya desde el principio mi opción a favor de una manera de entender los derechos (si se quiere de la cultura de los derechos) y no me plantea problema alguno el defender una homogeneización en ese sentido, sobre todo teniendo en cuenta que su referente es la igual dignidad humana. En este sentido, y en coherencia con lo anterior, los sujetos, independientemente de su nacionalidad o de cualquier otra dimensión, deberán adecuar sus comportamientos a dichos parámetros, siendo esta una condición insuperable para que se produzca dicha equiparación y un paso previo para el examen de la diferenciación.

### 3.2.2. La diferenciación en los derechos

A pesar de que la diferenciación en la distribución de los derechos pueda ser presentada como contraria a la tesis de la universalidad o como contraria a la conexión derechos-sujeto moral, también es posible mantener esa conexión aludiendo a la satisfacción real de los bienes que están en juego. Ahora bien, y en lo que al tema de los derechos de los no nacionales se refiere, no cabe defender que la nacionalidad sea un argumento válido que justifique esa diferenciación, salvo que con ella se pretenda precisamente satisfacer derechos a determinados colectivos. La cuestión en este punto es si esa diferenciación se produce por el hecho de ser “nacional” de algún sitio o por el hecho de ser sujeto moral y encontrarse en una determinada situación. En este punto creo que es esto segundo lo que debe prevalecer (Nussbaum, M.C., 1999, 161).

En todo caso, la teoría de los derechos no puede asumir planteamientos que choquen con sus rasgos esenciales, ya se planteen desde un punto de vista individual o justificados en un supuesto interés nacional o cultural. Evidentemente, la teoría de los derechos se constituye así en un modelo que, a pesar de ser enormemente abierto, puede cerrarse a otros modelos. Y digo que es enormemente abierto porque el cierre de este modelo (tal vez cultural) sólo se produce en relación con esas exigencias básicas (autonomía moral, satisfacción de necesidades básicas y participación).

La teoría de los derechos establece un límite al respeto intercultural, que precisamente viene de la mano de la exigencia del respeto al sujeto moral. A partir de aquí, parece que la atención a la cultura permite englobarse en el ámbito de lo discutible. No obstante, es importante ser consciente de que eso no tiene porqué significar promoción y máxime cuando lo que está en juego puede ser prácticas restrictivas de los derechos.

Por otro lado, y desde una óptica realista, conviene no pasar por alto como la cuestión de la equiparación dista mucho de estar resuelta y en este sentido creo que el reto prioritario en el ámbito de la inmigración sigue siendo el del reconocimiento generalizado de los derechos y, así, no se trata tanto de discutir en primer lugar sobre aquello que nos diferencia sino más bien sobre aquello que nos une: la dignidad humana. Siendo conscientes además que el reconocimiento de la participación igual permitirá el diálogo y el cuestionamiento en su caso de los principios y las reglas que se deducen de la teoría de los derechos.

En este sentido, si tomamos como referencia los dos modelos pluralistas compatibles con los derechos, tal vez la solución esté en un modelo ecléctico y casuístico que atienda a la realidad de cada situación, y que pueda justificar la diferenciación a través de la contemplación de la situación y demandas de los sujetos morales (y no de los nacionales o de los que pertenecen a una determinada cultura) y siempre desde el respeto a los derechos humanos.

### *3.3. La política de los derechos ante la inmigración*

Desde las reflexiones efectuadas, considero que la política de integración debe tener como punto de partida, para hacerla en mayor medida compatible con la teoría de los derechos, los siguientes referentes:

- a) La consideración de que existe un derecho a inmigrar, obviamente limitado (como todos los derechos), si bien en ningún caso por motivos de raza, religión o etnia.
- b) La desaparición del criterio de la nacionalidad como argumento válido para la diferenciación negativa de los derechos.
- c) El establecimiento de una política abierta en el mayor grado posible a la participación política y cultural de los no nacionales.
- d) La configuración de una política solidaria centrada en los derechos y, a través de ellos, en el respeto a la diferencia, y que tenga como proyección principal el diseño de una educación coherente con ello.

Ciertamente, el papel de una educación en los derechos al que no me he podido referir aquí es esencial, como lo es el diseño de una política de colaboración entre los países implicados.

En definitiva la discusión debe girar en torno a las políticas de integración presididas por los derechos y los valores en los que estos se soportan. Pues bien, una mirada a las políticas existentes en nuestro entorno en esta materia nos hacen ver como hay mucho camino por recorrer.

Así por ejemplo, si analizamos el tratamiento del fenómeno migratorio en Europa veremos como este se caracteriza, al menos hasta época muy reciente, pero creo que aún hoy en día, por el diseño de una estrategia más bien policial con ausencia de una línea clara en materia de integración.

Y este esquema está también presente en España. La política sobre el control de flujos, que se corresponde con el tema de la recepción de los no nacionales, y que sin duda ha sido endurecida, posee cuatro pilares: a) el que tiene que ver con el asilo y refugio y por tanto, recoge la posibilidad de recibir a no nacionales que se hallan en una situación de peligro para su vida por motivos de persecución política; b) el que tiene que ver con la situación nacional del empleo, que se sistematiza a través de la política de cuotas (los contingentes) basada en dos aspectos, el cuantitativo (desde la situa-

ción nacional del empleo se trata de saber cuantos no nacionales son necesarios para mantener nuestra calidad de vida) y el cualitativo (qué tipo de no nacionales se necesita, lo que produce un efecto de estigmatización); c) el que tiene que ver con la posibilidad de reagrupación familiar, que en la actualidad se configura como un derecho del reagrupante, y que se refiere al cónyuge no separado o casado en fraude de ley, los hijos del residente y del cónyuge (también los adoptados) menores de 18 años o que estén incapacitados, siempre que no se hayan casado, los hijos del residente o del cónyuge cuando este tenga la patria potestad o la custodia, los menores de 18 años cuando el extranjero sea su representante legal, los ascendientes del reagrupante o del cónyuge cuando estén a su cargo y existan razones para autorizarles (habiéndose suprimido la referencia que existía en la ley 4/2000 relativa a familiares que no se encuentren en esa situación por motivos humanitarios); d) el que tiene que ver con circunstancias especiales derivadas de tratados celebrados con países con relaciones que poseen una dimensión histórica.

Como se puede observar, se recogen los criterios que considerábamos como susceptibles de discutir y por lo tanto posibles de justificar. Pero en todo caso, estos poseen un carácter limitado que podría ampliarse por ejemplo a través de la contemplación de situaciones de riesgo que no tengan que ver con motivos políticos, de la interpretación mas amplia del ámbito familiar para la reagrupación (o en su defecto de la introducción de esa cláusula de motivos humanitarios), de la interpretación más amplia de la existencia de circunstancias históricas (que incluso llegara a hacer desaparecer este criterio), o de una concepción más abierta y realista en el ámbito del empleo.

En lo que se refiere a la integración, no existe un diseño claro. La legislación actual no recoge una política en ese sentido (mucho menos el Reglamento que la desarrolla), y en todo caso, la regulación de los derechos de los no nacionales es muy cuestionable. En efecto, la normativa actual introduce una serie de limitaciones en algunos derechos humanos de dudosa justificación y, además, de dudosa constitucionalidad. Estas limitaciones se proyectan sobre esa tercera categoría de derechos que no tiene que ver con los derechos que se dice derivan directamente de la dignidad humana aunque si de forma indirecta con la participación política. En todo caso, es importante tener en cuenta en relación con estas categorías la crítica realizada con anterioridad.

Con carácter general, existe un dato que sirve para expresar el espíritu de la actual Ley. Su artículo 3, frente a lo que se mantiene en la Constitución y lo que se mantenía en el ley 4/2000, sustituye la referencia a la igualdad de condiciones en el disfrute de los derechos por el término "criterio interpretativo general".

A partir de ahí, la Ley limita el ejercicio de algunos derechos a aquellos que se encuentran en una situación regular (los derechos de libertad de circulación (art. 5), de reunión y manifestación (art. 7), de asociación (art. 8), de educación en el ámbito de la enseñanza no obligatoria ( art. 9)), o en situación de residencia (sindicación (art. 11), asistencia jurídica gratuita (art. 18)), o a los que se hayan inscrito en el padrón

municipal (asistencia sanitaria (art. 12), si bien la asistencia de urgencia se contempla sin excepciones), o a los que posean permiso de trabajo (derecho de huelga (art. 11)).

El examen de estas limitaciones exigiría otro trabajo. En todo caso, si me parece oportuno realizar dos consideraciones. La primera de ellas, de tipo jurídico, tiene que ver con la exigencia de proporcionalidad en la limitación de los derechos y con la exigencia de interpretación conforme a los textos internacionales. Pues bien, es importante advertir como esos artículos no es que establezcan límites a esos derechos sino que su propia configuración queda en manos de un acto discrecional de la Administración. Así en términos generales se produce un ataque al contenido esencial de esos derechos y por lo tanto a los preceptos constitucionales que los contienen (además, considero también que a cierta jurisprudencia constitucional, como la Sentencia 115/87 que se pronunció en su momento sobre la ley 7/85). Pero junto a ello se transgrede la normativa internacional (como por ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, el art. 11 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos, el art. 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos o el art. 22 de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos).

La segunda de las consideraciones tiene ya más que ver con el tipo de justificación que puede haber detrás. Y de nuevo aquí, aunque bajo la apariencia del orden público, vuelve a aparecer la nacionalidad (entendida ahora como protección y contemplación de una supuesta identidad nacional) y los intereses del Estado. Considero que la configuración de estos derechos por esta normativa sólo puede obedecer a este tipo de razones. Aunque tal vez, y junto a ellas, la presencia del argumento relativo a la contribución al gasto público esté también presente al menos en lo relativo a la asistencia jurídica gratuita (en este sentido es llamativo que una ley que establece tantas distinciones, cuando trata con carácter general la materia impositiva, art. 15, se refiera de manera genérica a los extranjeros).

Obviamente, todos los aspectos de la política inmigratoria (el control de flujos, las relaciones con los países que generan inmigrantes y el problema de la integración) son esenciales. Como lo son también algunos de los criterios que se utilizan en las políticas actuales. Pero lo que hace falta es acompañar esos criterios de otros también esenciales y que no son utilizados, y en definitiva, diseñar toda esa política desde el respeto a los derechos humanos.

### **Bibliografía citada**

- Añón Roig, M.J., (1995), *Necesidades y derechos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Arnsperberg, Ch., y Van Parijs, Ph., (2002), *Ética económica y social*, trad. de E. Weikert, Paidós, Barcelona.
- Beck, U., (1988), *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona.

- Beck, U., (2002), *La sociedad del riesgo global*, trad. J. Alborés, Siglo XXI, Madrid.
- Calsamiglia, A., (2000), *Cuestiones de lealtad*, Paidós, Barcelona.
- Carens, J.H., (2002), "Inmigración y justicia: ¿A quien dejamos pasar?", trad. de A. Rivero, en *Isegoría*, 9.
- Contreras, J., (1984), "Prólogo", en Contreras, J. (comp.), *Los retos de la inmigración*, Talasa, Madrid.
- De Asís, R., (2001), *Concepto y fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, 17, Dykinson, Madrid.
- De Lucas, J., (1993), *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México.
- De Lucas, J., (1994), "¿Elogio de Babel? Sobre las dificultades del Derecho frente al proyecto intercultural", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 31.
- De Lucas, J., (2000a), "Multiculturalismo y derechos", en López García, J.A. y Del Real, J.A., *Los derechos entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson-Universidad de Jaén.
- De Lucas, J., (2000b), "Inmigración, ciudadanía, derechos: el paradigma de la exclusión", en Rodríguez Palop, M.E., y Tornos, A., (eds.), *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid.
- De Lucas, J., (2002), "La herida original de las políticas de inmigración. A propósito del lugar de los derechos humanos en las políticas de inmigración", en *Isegoría*, 26.
- Fariñas, M.J., (2000), *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid.
- Fernández, E., (2001), *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, 21, Dykinson, Madrid.
- Giddens, A., (1999), *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, trad. de P. Cifuentes, Taurus, Madrid.
- González Amuchastegui, J., (1991), "Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad", en *Sistema* 101.
- Goytisolo, J. y Nair, S., (2000), *El peaje de la vida*, Aguilar, Madrid.
- Gray, J., (2001), *Las dos caras del liberalismo. Una nueva interpretación de la tolerancia liberal*, trad. de M. Salomón, Paidós, Barcelona.
- Habermas, J., (1988), *Ensayos políticos*, trad. de R. García Cotarelo, Península, Barcelona.
- Habermas, J., (1999), *La inclusión del otro*, trad. de M. Ekaniz, Paidós, Barcelona.
- Heller, A., (1992), "Diez tesis sobre la inmigración", *Diario El País*, 30 de mayo de 1992.
- Jiménez, C., (2000), "Modelos sociopolíticos e ideológicos ante la diversidad cultural: la propuesta intercultural", en Alcina, J. y Calés (eds.), *Hacia una ideología para el siglo XXI. Ante la crisis civilizatoria de nuestro tiempo*, Akal, Madrid.
- Kant, I., (1985), "Idea de una historia universal en sentido cosmopolita", en *Filosofía de la Historia*, trad. de E. Imaz, Fondo de Cultura Económica, Madrid.
- Kant, I., (1989), *Metafísica de las costumbres*, trad. de A. Cortina y J. Conill, Tecnos, Madrid.
- Kung, H., (1998), *Proyecto de una ética mundial*, Trotta, Madrid.
- Kymlicka, W., (1996), *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, trad. de C. Castells, Paidós, Barcelona.
- Lamo de Espinosa, E., (1995), "Fronteras culturales", en Lamo de Espinosa, E. (ed.), *Culturas, Estados, Ciudadanos*, Alianza, Madrid.
- López Sala, A.M., (2002), "Los retos políticos de la inmigración", en *Isegoría*, 26.

- Nussbaum, M.C., (1999), *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial*, trad. de C. Castells, Paidós, Barcelona.
- Peces-Barba, G., y otros., (1995), *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III, Madrid.
- Peces-Barba, G., (1993), *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Peces-Barba, G., (1995), *Ética, Poder y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Peces-Barba, G., (1999), *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n. 11, Dykinson, Madrid.
- Peces-Barba, G., Fernández, E., (1998), *Historia de los derechos fundamentales, T.I*, Dykinson, Madrid.
- Peces-Barba, G., Fernández, E., De Asís, R., (2001), *Historia de los derechos fundamentales, T. II*, Dykinson, Madrid.
- Pérez Luño, A.E., (1995), *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid.
- Pérez Luño, A.E., (2000), "La universalidad de los derechos humanos", en López García, J.A., y Del Real, J.A., *Los derechos entre la Ética, el Poder y el Derecho*, Dykinson-Universidad de Jaén.
- Portes, A., (2000), "Teoría de la inmigración para un nuevo siglo: problemas y oportunidades", trad. de N. Ribas, en Morente Megías, F., *Cuadernos étnicos. Inmigración: claves para un futuro inmediato*, Universidad de Jaén.
- Raz, J., (2001), *Ética en el ámbito público*, trad. de M.L. Melón, Gedisa, Barcelona.
- Rodríguez Toubes, J., (1995), *La razón de los derechos*, Tecnos, Madrid.
- Solanes, A., (1998), "Una respuesta al rechazo racista de la inmigración: la interculturalidad", en *Anuario de Filosofía del Derecho, T. XV*.
- Walzer, M., (1993), *Las esferas de la justicia*, trad. de H. Rubio, Fondo de Cultura Económica, México.
- Young, Iris Marion. (2000), *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de S. Álvarez, Cátedra, Madrid.
- Zolo, D., (2000), *Cosmópolis. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*, trad. R. Grasa y F. Serra, Paidós, Barcelona.